

Article

« Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne : quel rôle pour le droit du travail ? »

Guylaine Vallée

Relations industrielles / Industrial Relations, vol. 54, n° 2, 1999, p. 277-312.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/051235ar>

DOI: 10.7202/051235ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne

Quel rôle pour le droit du travail ?

GUYLAINE VALLÉE

Le droit du travail s'est développé dans le cadre de rapports sociaux de travail homogènes, constitués d'emplois stables, réguliers et continus, occupés par des salariés travaillant à temps plein, exécutant leur travail pour un seul employeur, sous son contrôle et sur les lieux mêmes de l'entreprise. Plusieurs des formes particulières d'emploi qui se développent sur le marché du travail ne correspondent cependant plus à cette image classique : travail autonome, travail à domicile, à temps partiel, à durée déterminée, occasionnel ou sur appel, relation tripartite de travail. Les moyens mis en œuvre en droit du travail pour assurer la protection des travailleurs sont-ils appropriés pour régir efficacement ces nouveaux statuts de travail ? Ce texte examine comment le droit du travail québécois traite des nouveaux statuts d'emploi et propose des pistes de réflexion pour adapter le droit du travail à ces caractéristiques nouvelles du marché du travail.

-
- VALLÉE, G., École de relations industrielles, Université de Montréal, Montréal.
 - Ce texte a été présenté dans le cadre du Forum Droits et Libertés *Nouvelles formes de travail. Les droits ont-ils un avenir ?*, organisé par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Montréal, le 10 décembre 1997. Depuis, d'autres ouvrages ont abordé cette question du point de vue de la mesure du phénomène ou de son analyse juridique. Voir notamment : Denis MATTE, Domenico BALDINO et Réjean COURCHESNE, « L'évolution de l'emploi atypique au Québec » (encart), (mai 1998) *Le Marché du travail* 88 p. ; Fernand MORIN et Jean-Yves BRIÈRE, « Épilogue : l'emploi atypique et le droit de l'emploi » dans *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, n° VIH et suiv., p. 1303-1327 ; Renée M. GOYETTE, « À la recherche du véritable statut : salarié ou travailleur autonome », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit du travail (1998)*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, p. 19 ; Lucie-France DAGENAIS, *Travail éclaté : protection sociale et égalité*, Études et documents de recherche sur les droits et libertés, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, 253 p.

« Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne : quel rôle pour le droit du travail ? » Ce titre peut sembler étonnant dans la mesure où l'un des fondements du droit du travail a été d'introduire des préoccupations personnalistes dans un droit affirmant autrement la commercialité du travail. Le droit du travail repose sur l'impossibilité de distinguer l'activité de travail de la personne qui l'accomplit. Il protège cette personne, tant quant aux conditions d'exécution concrète du travail qu'en ce qui a trait à sa sécurité et à son intégrité¹. En ce sens, l'une des fonctions du droit du travail est la protection de la personne.

Alors qu'est-ce qui a changé dans cette logique ? En quoi la diversification des statuts de travail justifie-t-elle que l'on se pose à nouveau la question du rôle protecteur du droit du travail ? Cela tient aux incertitudes entourant l'avenir du droit du travail². Celui-ci s'est développé dans le cadre de rapports sociaux de travail homogènes, constitués d'emplois stables, réguliers et continus, occupés par des salariés travaillant à temps plein, exécutant leur travail pour un seul employeur, sous son contrôle et sur les lieux mêmes de l'entreprise. Ce travail régulier, continu et contrôlé constituait le cadre d'émergence du droit du travail.

Plusieurs des formes particulières d'emploi qui se développent sur le marché du travail ne correspondent cependant plus à cette image classique. Le salariat n'est plus homogène. Il existe une multiplicité des formes de salariat, quant à la durée du travail, à sa régularité ou à la durée du contrat. La société salariale existe toujours³, mais ses formes changent et se diversifient : se développent en parallèle des formes de travail non salarié, dont certaines se substituent au travail salarié traditionnel, qui échappent à l'application d'un droit conçu pour un travail subordonné⁴. Cette progression des formes de travail salarié et non salarié s'accompagne d'un éclatement des lieux d'exécution du travail et des formes de contrôle du travail⁵. Le travail exécuté à l'aide des technologies de télécommunication peut en

1. Pierre VERGE et Guylaine VALLÉE, *Un droit du travail ? Essai sur la spécificité du droit du travail*, Collection Le droit aussi..., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 15-18.

2. *Id.*, p. 171 et suiv. ; Spiros SIMITIS, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », (1997) *Droit social* 655 ; Antoine JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », (1998) *Droit social* 211 ; Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, P.U.F., 1994, 280 p.

3. Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995, p. 323 et suiv.

4. Gérard LYON-CAEN, *Le droit du travail non salarié*, Paris, Éditions Sirey, 1990, 208 p.

5. Bruno VENEZIANI, « The New Labour Force », *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Volume 1, Deventer-Boston, Kluwer Law & Taxation Publishers, 1990, p. 63-86.

effet être réalisé à l'extérieur de l'entreprise, ce qui favorise le développement du travail à domicile, mais aussi le morcellement de la collectivité de travail dans des groupes de petite taille, reliés entre eux par des réseaux de télécommunication.

Ces mutations s'accompagnent de choix organisationnels qui transforment la réalité de l'entreprise : coexistence de l'entreprise dite « traditionnelle » réunissant en un même lieu les différents facteurs de production d'un bien ou d'un service donné, de l'entreprise réseau coordonnant des sites de production disséminés et relevant parfois d'entités juridiques distinctes, de l'entreprise transnationale et de la très petite entreprise. Le recours aux agences de personnel qui fournissent à une entreprise utilisatrice la main-d'œuvre dont elle peut avoir besoin et à l'*impartition*, c'est-à-dire à l'extériorisation de certains segments d'une entreprise, génèrent des relations triangulaires de travail. Si le travail qui y est exécuté relève toujours du salariat, la détermination de l'employeur véritable, elle, devient difficile.

Enfin, il faut noter la diversification des intérêts individuels à l'égard du travail lui-même. Diversification des statuts et des caractéristiques de la main-d'œuvre et construction d'identités collectives et de communautés autour d'autres valeurs communes que la condition de salariés. Cela peut générer des attentes différentes face au travail et des besoins de protection qui ne sont pas uniformes.

Comment le droit du travail traite-t-il de cette multiple fragmentation ? Les moyens qu'il met en œuvre pour assurer son rôle de protection des travailleurs dans le contexte d'un salariat homogène sont-ils appropriés pour régir efficacement ces nouveaux statuts de travail ? Pour traiter de ces questions, il importe d'examiner comment le rôle protecteur du droit du travail s'exerce à l'égard des nouveaux statuts de travail en prenant appui sur le traitement qu'ont reçu jusqu'à maintenant différents problèmes reliés à la multiplication de ces statuts.

UN DROIT PROTECTEUR DE LA PERSONNE ?

Commençons par une évidence : le droit du travail n'est pas le droit applicable à toute situation de travail mais le droit du travail subordonné. Il s'agit d'un droit régissant des *rapports* de travail potentiellement conflictuels entre deux parties disposant d'un pouvoir inégal : un salarié et un employeur. Les risques d'exploitation générés par ce rapport inégalitaire constituent la raison d'être de la mission protectrice du droit du travail ; d'un point de vue technique, le concept de *lien de subordination* permet de reconnaître les situations de travail inégalitaires qui seront visées par les normes protégeant la sécurité physique, sociale et financière des travailleurs

et assurant le respect de la personne du salarié, soit sa condition humaine fondamentale.

Or, certaines transformations récentes de l'emploi se font précisément en marge des manifestations usuelles de la subordination, ce qui crée des incertitudes sur leur assujettissement aux lois du travail. Dans d'autres cas, des travailleurs subordonnés, et donc clairement assujettis aux lois du travail, ne bénéficieront pas de certains avantages créés par ces lois parce que les conditions d'accès à ces avantages ont manifestement été élaborées pour un modèle d'emploi régulier à temps plein. Problèmes d'accès et de mise en œuvre qui permettent de douter du rôle pleinement protecteur du droit du travail, tel qu'il se présente actuellement, à l'égard des salariés œuvrant dans le cadre des nouveaux statuts de travail.

Les nouveaux visages de la subordination

Sont assujetties aux différentes lois du travail les personnes effectuant un travail sous la direction et le contrôle d'une autre personne en échange d'une rémunération. Ces critères classiques — prestation de travail, rémunération et lien de subordination — permettent de délimiter le champ d'application des principales lois du travail, en dépit des différences de rédaction législative privilégiant l'existence d'un contrat de travail⁶, d'un statut de salarié⁷ ou de travailleur⁸.

L'exigence d'une rémunération est celle qui, à notre avis, soulève le moins de problèmes eu égard aux nouveaux statuts de travail. La notion de rémunération est interprétée largement : le versement de commissions⁹, le versement d'un montant global recouvrant la durée du contrat, l'attribution d'avantages à valeur pécuniaire (logement, ...) sont considérés comme une rémunération aux fins de l'application des lois du travail. Le versement d'honoraires à une société constituée par le travailleur peut aussi être qualifié de rémunération et n'est pas de nature à altérer son statut de salarié s'il existe un lien de subordination¹⁰. De même, une personne embauchée

6. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2085 (ci-après cité : « C.c.Q. »).

7. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27, art. 1 par. 1) (ci-après cité : « C.t. »); *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., c. N-1.1, art. 1, par. 10 (ci-après citée : « L.n.t. »).

8. *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., c. A-3.001, art. 2 (ci-après cité : « L.a.t.m.p. »); *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, L.R.Q., c. S-2.1, art. 1 (ci-après cité : « L.s.s.t. »).

9. *Syndicat des vendeurs d'automobiles du district de Québec (C.S.N.) c. Giguère automobiles*, [1967] R.D.T. 321, 327-328.

10. *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Uni-viande inc.*, D.T.E. 96T-1008 (C.T.); *Hagopian c. Standard Broadcasting Corp.*, D.T.E. 97T-841 (C.S.); *Syndicat canadien de la fonction publique*,

pour une durée déterminée et dont le montant du salaire est versé à partir de subventions gouvernementales est tout de même salariée de l'entreprise qui bénéficie de ses services¹¹. Enfin, la provenance de la rémunération ne peut constituer un critère déterminant pour désigner l'employeur véritable dans une relation de travail triangulaire¹².

Il en va autrement des deux autres critères classiques de détermination du champ d'application des lois du travail. L'existence d'une prestation de travail constitutive d'une situation de travail salarié a soulevé des problèmes dans le cas de stagiaires rémunérés par le gouvernement dans le cadre d'un programme de formation, qui ne fournissent pas une véritable prestation de travail mais qui viennent plutôt acquérir des connaissances¹³. Ici se trouve posée la difficile reconnaissance, en droit du travail actuel, de la continuité d'un cheminement professionnel constitué d'une alternance de périodes de travail et de périodes de formation professionnelle, cheminement souvent caractéristique des personnes œuvrant dans le cadre de nouveaux statuts d'emploi. Le droit du travail tend de plus en plus à investir le champ de la formation professionnelle¹⁴, mais le nécessaire élargissement de l'assiette du droit du travail aux questions de l'accès à l'emploi de personnes qui se trouvent à l'écart du marché du travail est ici directement soulevé¹⁵. Une autre difficulté reliée à l'appréciation de l'exigence de fournir une prestation de travail tient aux obligations de disponibilité imposées aux salariés sur appel. Le phénomène du cumul d'emplois étant directement relié à l'éclatement des statuts de travail¹⁶, à partir de quand un salarié sur

section locale 1573 et Syndicat de la fonction publique du Québec, [1997] C.T. 328; appel rejeté : *Syndicat de la fonction publique du Québec et Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1573*, [1997] T.T. 588.

11. *Syndicat des salariées et des salariés du Musée d'archéologie de Montréal et Société du Musée d'archéologie et d'histoire de Montréal Pointe-à-Callière*, D.T.E. 96T-558 (C.T.).
12. *Ville de Pointe-Claire c. Tribunal du travail*, [1997] 1 R.C.S. 1015, 1050.
13. *Union des employées et employés de service, section locale 800 et Nettoyage André Laberge inc.*, D.T.E. 96T-403 (C.T.); *Beaudin et Ville de Brossard*, [1996] C.T. 239. Toutefois, il n'y a pas de stage de formation en milieu de travail au sens de la *Loi sur la sécurité du revenu* (L.R.Q., c. S-3.1.1, art. 23 et 24) mais bien situation d'emploi assujettie aux lois du travail lorsqu'il n'y a pas de formation véritable : *Lambert et Québec (Ministère du Tourisme)*, [1997] R.J.Q. 726 (T.D.P.Q.); requête pour permission d'appel accueillie, 27-02-1997 (C.A.M.). Voir aussi : Bernard NORMAND, « Le projet québécois de l'employabilité et les organismes sans but lucratif : enjeux et interpellations », dans L. LAMARCHE (dir.), *Emploi précaire et non-emploi : droits recherchés*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1994, p. 109 et suiv.
14. *Loi favorisant le développement de la formation de la main-d'œuvre*, L.R.Q., c. D-7.1.
15. P. VERGE et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 1, p. 64-66.
16. Actuellement 5 % des travailleurs canadiens cumuleraient plus d'un emploi, cette proportion étant de moins de 2 % il y a vingt ans : « Nouveau questionnaire de l'EPA et le travail à temps partiel — Nouvelle définition du travail à temps plein et à temps partiel », Site de *Développement des ressources humaines Canada (DRHC)*, 1998.

appel qui ne répond pas à tous les appels de l'employeur, notamment parce qu'il occupe un autre emploi, doit-il être considéré comme ayant manqué à son obligation de fournir sa prestation de travail ? Cette difficulté est liée au fait que la carrière de plusieurs salariés œuvrant dans le cadre des nouveaux statuts de travail ne se confine plus à un seul emploi, pour un seul employeur. Or, le droit du travail actuel abordera ce problème sous le prisme d'une relation de travail bilatérale, entre un salarié ou un groupe de salariés et un seul employeur¹⁷. Ces quelques exemples permettent déjà de suggérer que le développement des nouveaux statuts d'emploi doit conduire à un élargissement de l'objet du droit du travail. Nous y reviendrons.

C'est le dernier critère constitutif du domaine du droit du travail, celui de la subordination juridique, qui est le plus mis en cause par le développement des nouveaux statuts de travail. La subordination juridique découle du pouvoir d'une partie de diriger le travail de l'autre en déterminant le cadre dans lequel il s'insère. Cette subordination est appréciée à partir d'indices variés destinés à traduire le plus fidèlement possible les caractéristiques différentes des milieux de travail. Ainsi elle ne résultera pas uniquement d'un contrôle immédiat de l'exécution du travail, mais bien d'indices qui montrent l'insertion, l'intégration du travail dans un ensemble organisé constituant l'entreprise : présence obligatoire sur un lieu de travail, imposition d'horaires de travail ou de règles de conduite ou de comportement, remise de rapports d'activités, port d'un uniforme, obligation de disponibilité,... En vertu de ce critère souple, une personne qui dispose d'une très grande autonomie quant aux modalités d'exécution de sa prestation de travail pourra tout de même être reconnue comme salariée. L'existence d'une situation de dépendance économique, se manifestant par le fait qu'une personne tire ses principaux moyens de subsistance d'une seule relation contractuelle, pourra être l'indice d'une subordination juridique mais ne pourra suffire à elle seule à constituer un statut de salarié¹⁸.

17. Voir, en contexte syndiqué : *Béton Lévis (une division de Ciment St-Laurent inc.) et Syndicat des travailleurs du ciment*, D.T.E. 97T-1001 (M. Morin, arb.). Voir aussi, à titre d'exemple d'une clause visant la disponibilité d'un salarié sur appel : *Épiciers unis Métro-Richelieu inc. et Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Épiciers unis Métro-Richelieu*, D.T.E. 97T-1023 (J. Laberge, arb.). Est ainsi soulevée la question de la permanence du lien de subordination, dans des situations impliquant une obligation d'être à la disposition de l'employeur tout en étant hors de l'entreprise : Gilles BÉLIER, « Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination », (1998) *Droit social* 530, 532-533.

18. Voir les développements classiques sur cette question : *Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries*, local 1999, [1980] T.T. 471. Et les affirmations récentes de ce principe dans des cas impliquant une travailleuse à domicile (*Picard et G.V. Bergeron*, D.T.E. 97T-826 (C.T.)), un consultant informatique (*Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1573 et Syndicat de la fonction publique du Québec*, précité, note 10) ou des chauffeurs-livreurs ou distributeurs (*Syndicat démocratique des distributeurs et Laiterie Lamothe et Frères Itée*,

Le travail autonome, le travail à domicile, les pratiques d'extériorisation de la production et le recours à des agences de personnel sont toutes des pratiques qui conduisent à interroger, sous des angles différents, la pertinence de la notion de subordination telle qu'elle est actuellement définie. Dans ces situations, il devient difficile de qualifier l'une des deux parties au rapport de travail : le salarié, bénéficiaire des protections que le droit du travail veut assurer ou l'employeur, responsable de la mise en œuvre des dispositions protectrices à l'égard des personnes qui lui sont subordonnées.

Travailleurs autonomes et travailleurs à domicile : travailleurs subordonnés ?

Parmi les nouveaux statuts d'emploi, le travail autonome connaît actuellement la progression la plus fulgurante : il représenterait 55 % des nouveaux emplois créés au Québec entre 1990 et 1995 et pourrait constituer 20 à 25 % de la population active en l'an 2000¹⁹. Le travail à domicile connaît aussi un développement important, tant à l'intérieur du travail autonome qu'au sein du travail salarié²⁰. Le travail autonome et le travail à domicile soulèvent le problème des frontières du droit du travail parce qu'ils témoignent des difficultés d'appréciation de la condition de subordination.

Dans le cas des travailleurs à domicile, l'éloignement géographique peut conduire à conclure à l'absence d'un contrôle suffisant sur le travail

[1997] C.T. 440, 450 ; D.T.E. 97T-1191 ; appel rejeté : *Laiterie Lamothe et Frères ltée c. Breton*, [1998] R.J.D.T. 669 (T.T.) ; D.T.E. 98T-542 ; *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M et Messageries dynamiques, division de Groupe Quebecor inc.*, D.T.E. 97T-1257 (C.T.) ; appel rejeté : *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M c. Messageries dynamiques, division de Groupe Quebecor inc.*, [1998] R.J.D.T. 176 (T.T.) ; D.T.E. 98T-296 ; *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M et Messageries dynamiques, division de Groupe Quebecor inc.*, [1996] C.T. 1, 26 ; appel rejeté : D.T.E. 96T-748 (T.T.) ; requête en évocation rejetée, 15-05-1996 (C.S.M.) ; appel rejeté sur requête, 09-08-1996 (C.A.M.) ; *Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs*, [1996] T.T. 567, 576 ; requête en évocation rejetée : *Natrel inc. c. Tribunal du travail*, [1998] R.J.D.T. 104 (C.S.) ; D.T.E. 98T-95).

19. Gilles ROY, *Diagnostic sur le travail autonome*, collection « Connaissance du marché du travail », Québec, Société québécoise de développement de la main-d'œuvre, 1997, p. 42.

20. En 1995, 53 % (1 113 000) des travailleurs autonomes sont des travailleurs à domicile. Parmi les travailleurs salariés, 6 % (648 000) travaillaient à domicile en 1991 et 9 % (999 000) en 1995, pour quelques heures ou pour la totalité de la prestation de travail. Dans 50 % des cas, l'équipement est fourni par l'employeur. Source : *Perspective*, Statistique Canada, printemps 1997, p. 3 et 5 (données tirées de l'Enquête sur les horaires et les conditions de travail (EHCT), novembre 1991 et novembre 1995).

pour justifier un état de subordination²¹. Pour sa part, le travail autonome recouvre une réalité hétérogène parmi laquelle il faut pouvoir reconnaître des indices d'une subordination juridique et non purement économique. On trouve parmi les travailleurs autonomes des personnes travaillant pour leur propre compte, exécutant elles-mêmes une proportion importante du travail, disposant d'une autonomie quant aux moyens d'exécution du travail et fournissant les outils et équipements requis, dans le cadre d'une entreprise constituée ou non en société, avec ou sans salariés, pour une ou plusieurs entreprises clientes. Les circonstances conduisant au travail autonome sont aussi fort différentes : parfois choisi ou lié aux modes de fonctionnement de professions dites libérales, parfois involontaire et même imposé parce que faisant suite à la perte d'un emploi salarié ou à une restructuration des modes d'embauche ou d'organisation du travail de l'entreprise.

Juridiquement, ces caractéristiques ne sont pas toutes retenues comme indices d'une véritable autonomie. Ainsi, l'absence de retenue à la source ne peut constituer un indice de travail indépendant dans la mesure où il s'agit d'un choix de l'employeur²². Le fait d'avoir enregistré une raison sociale²³, d'avoir créé une société pour pouvoir bénéficier d'avantages fiscaux²⁴, d'opérer avec des numéros de taxes de vente ou de procéder à des déclarations fiscales à titre de travailleur autonome ne constituent pas des critères suffisants pour conclure à une situation de travail autonome si l'exécution réelle du travail fournit des indices d'une subordination juridique. De même, la propriété des outils n'est pas un facteur déterminant si les chances de profits et les risques de pertes découlant du travail sont inexistant²⁵.

-
21. Sur le travail à domicile, comparer : *Picard et G.V. Bergeron*, précité, note 18 et *Commission des normes du travail du Québec c. Entretien sanitaire Waterville inc.*, D.T.E. 93T-479 (C.Q.). Voir aussi, pour déterminer le statut d'employeur d'une entreprise de couture à domicile exploitée par une seule personne : *Confection L.G.D. enr. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1997] C.A.L.P. 354.
 22. *Commission des normes du travail c. 2429-5040 Québec inc.*, D.T.E. 96T-602 (C.Q.) ; *contra*, dans le contexte de l'interprétation de la notion de travailleur autonome au sens de la L.a.t.m.p. (art. 2 et 9) : *Pagé c. Sablage-O-Jet R.V. Itée*, [1997] B.R.P. 39.
 23. *Commission des normes du travail c. 2429-5040 Québec inc.*, précité, note 22 ; *Buth et Collège d'enseignement général et professionnel John Abbott*, D.T.E. 96T-295 (C.T.), requête en évocation rejetée, 14-08-1996 (C.S.M.).
 24. *Hagopian c. Standard Broadcasting Corp.*, précité, note 10 ; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1573 et Syndicat de la fonction publique du Québec*, précité, note 10.
 25. *Les Pétroles Irving inc. c. Syndicat international des industries pétrolières, chimiques et atomiques*, [1979] T.T. 209, 216.

Deux indices « forts » ressortent des décisions récentes pour distinguer, parmi les travailleurs dits autonomes, ceux qui sont de véritables entrepreneurs indépendants et ceux qui sont des salariés : les chances de profits et risques de pertes²⁶ et, ce qui est considéré comme un « test essentiel », l'obligation d'exécuter personnellement le travail ou encore la possibilité de se faire remplacer autrement que sur une base occasionnelle sans le contrôle de l'autre partie pour que soit réalisée la prestation prévue au contrat²⁷. Par exemple, dans un cas impliquant un consultant en informatique, le fait que le contrat ait été conclu pour bénéficier des compétences particulières d'un individu²⁸ accentuait ce caractère personnel relié à une situation de travail subordonné.

À première vue, le critère de la subordination semble donc suffisamment flexible dans sa formulation pour tenir compte de plusieurs nouveaux statuts d'emploi, d'autant que l'existence d'un rapport de subordination est recherchée *dans les faits*, sans égard à la qualification juridique que les parties ont donnée de leur entente. On peut penser que cette attitude réaliste permettra l'adaptation des indices de subordination aux nouvelles situations de travail et que certains indices connaîtront avec les années une consécration jurisprudentielle accrue, au fur et à mesure que naîtront des litiges impliquant des nouveaux statuts de travail. Par exemple, dans le cas du travail à domicile, on peut penser que les nouveaux moyens technologiques permettront de déceler un contrôle du travail accru même si le travail se fait à distance. Malgré tout, le travail autonome et le travail à domicile illustrent plutôt les limites reliées à la *mise en œuvre* et aux *effets* de la notion de subordination.

26. Voir la situation classique des chauffeurs-livreurs et de différents distributeurs : *Transport de fret Freddy inc.* et *Parenteau*, D.T.E. 96T-734 (J. E. Ouellet, arb.) ; *Syndicat démocratique des distributeurs* et *Laiterie Lamothe et Frères ltée*, précité, note 18 ; *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M* et *Messageries dynamiques, division de Groupe Quebecor inc.*, [1996] C.T. 1, précité, note 18 ; *Natrel inc. c. Syndicat démocratique des distributeurs*, précité, note 18. Voir aussi : *Commission des normes du travail c. Mollinger*, D.T.E. 96T-472 (C.Q. – petites créances) ; *Commission des normes du travail c. Sanotation du Québec M.M. inc.*, D.T.E. 97T-75 (C.Q.) ; *Syndicat de la fonction publique du Québec* et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1573*, précité, note 10.
27. *Godin et Collège d'extension Cartier*, D.T.E. 96T-1221 (C.T.), requête en évocation accueillie : *Godin c. Monette*, D.T.E. 98T-390 (C.S.) ; en appel (C.A.M.) ; *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M* et *Messageries dynamiques, division de Groupe Quebecor inc.*, [1996] C.T. 1, précité, note 18 ; *Entreprises Thérèse Blanchard et Marcoux*, [1997] C.A.L.P. 1060, 1065-1066 ; *Syndicat démocratique des distributeurs et Laiterie Lamothe et Frères ltée*, précité, note 18, 450-451 ; *Syndicat international des communications graphiques, section locale 41M* et *Messageries dynamiques, division de Groupe Quebecor inc.*, D.T.E. 97T-1257 (C.T.), précité, note 18.
28. *Syndicat de la fonction publique du Québec* et *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1573*, précité, note 10.

D'une part, quant à sa *mise en œuvre*, la « requalification » d'une situation de travail autonome comme relevant du travail salarié aux fins des lois du travail n'interviendra qu'*a posteriori*... à condition, bien évidemment, qu'il y ait litige ! Combien de situations de travail subordonné restent masquées par une qualification de travail autonome ? Combien, parmi celles-ci, se transportent devant les instances judiciaires, en particulier en contexte non syndiqué ? Le contexte de conclusion de plusieurs contrats individuels d'engagement est-il propice à la négociation d'une qualification contractuelle reflétant la réalité du travail convenu ? Dans plusieurs cas, les salariés ont-ils véritablement le choix, entre l'acceptation ou la transformation de leur statut et la perte de leur emploi ? Plusieurs solutions partielles et complémentaires peuvent être envisagées.

Ainsi, l'extension du champ d'application des lois du travail par voie législative pourrait améliorer la prévisibilité de la qualification du contrat et, dans certains cas, éviter de devoir passer par un contrôle *a posteriori* des tribunaux. La *Loi sur les normes du travail*²⁹, la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*³⁰, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*³¹ ou le *Code canadien du travail*³² fournissent déjà des exemples d'intégration expresse de certaines catégories de travailleurs autonomes à leur champ d'application, mais ne traitent pas du travail à domicile³³. Le champ d'application du *Code du travail* ne reprend toutefois qu'une définition « classique » du statut de salarié, ce qui soulève des incertitudes et donne lieu à des luttes épiques. Compte tenu de l'ampleur du développement du travail autonome et du travail à domicile, il serait souhaitable que

29. L.n.t., art. 1, par. 10, i, ii, iii.

30. L.a.t.m.p., art. 2 et 9.

31. L.s.s.t., art. 7.

32. *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), c. L-2, art. 3 (1) (ci-après cité : « C.c.t. »).

33. En France, les travailleurs à domicile bénéficient des dispositions législatives et réglementaires applicables aux salariés (*Code du travail* (France), art. L. 721-6). Sont considérés comme travailleurs à domicile « ceux qui satisfont aux conditions suivantes :

1. Exécuter, moyennant une rémunération forfaitaire, pour le compte d'un ou plusieurs établissements [...], un travail qui leur est confié soit directement, soit par un intermédiaire ;

2. Travailler soit seuls, soit avec leur conjoint ou avec leurs enfants à charge [...], ou avec un auxiliaire.

Il n'y a pas lieu de rechercher :

- s'il existe entre eux et le donneur d'ouvrage un lien de subordination juridique [...];

- s'ils travaillent sous la surveillance immédiate et habituelle du donneur d'ouvrage ;

- si le local où ils travaillent et le matériel qu'ils emploient, quelle qu'en soit l'importance leur appartiennent ;

- s'ils se procurent eux-mêmes les fournitures accessoires ;

- ni quel est le nombre d'heures effectuées. » (*Code du travail* (France), art. L. 721-1).

ces situations soient clairement visées comme faisant partie du champ d'application des lois du travail, à tout le moins lorsqu'elles impliquent une situation de dépendance économique telle qu'elle est incompatible avec une véritable situation d'autonomie.

L'instauration d'un contrôle préalable lorsqu'il y a transformation du statut de salariés à celui d'entrepreneurs indépendants pourrait aussi être envisagée. Actuellement, il ne suffit pas, pour conserver un statut de salarié, d'invoquer l'existence d'un contrat d'adhésion ayant en quelque sorte « imposé » un statut d'entrepreneur indépendant. Ne pourrait-on pas imposer, par exemple, le fardeau de la preuve à l'employeur dans ces situations³⁴ ? Ou encore avoir davantage recours, s'agissant d'une transformation forcée d'un travail salarié en travail indépendant ou d'une exigence de travail autonome comme condition d'obtention d'un emploi, à la qualification de contrat d'adhésion permettant une intervention judiciaire accrue dans le contenu du contrat³⁵ ?

Cependant, plus fondamentalement, le développement du travail autonome met en cause les *effets* de la notion de subordination. Est-il toujours justifié d'assujettir l'octroi d'avantages sociaux fondamentaux qui relèvent de choix de société — pensons aux différents congés sociaux ou familiaux ou à l'indemnisation du chômage — à l'exécution d'un travail *subordonné* ? Ces avantages ne devraient-ils pas, dans ce nouveau contexte, être reliés à une condition d'*emploi* plutôt qu'à une condition de subordination ? Des revendications apparaissent afin d'étendre le filet de protection sociale aux travailleurs autonomes, par exemple en créant un fonds spécial constitué à partir de cotisations des travailleurs autonomes et des entreprises et pouvant servir à financer certaines normes du travail. Cela rappelle que ces travailleurs, comme les travailleurs salariés, ont des besoins de protection sociale. Le droit du travail ne doit-il pas devenir le droit de l'emploi et faire en sorte que la protection sociale minimale découle de l'*activité* de travail, plutôt que du fait de travailler *pour* quelqu'un ? N'est-ce pas là une transformation essentielle afin que le droit du travail puisse continuer d'exercer son rôle protecteur dans un marché du travail hétérogène ? Ce serait reconnaître

34. Ce fardeau avait été imposé à l'employeur par le commissaire du travail dans l'affaire *Boulangerie Weston Québec inc.*, mais cette décision a été clairement désavouée par le Tribunal du travail en appel : *Syndicat international des travailleurs et travailleuses de la boulangerie, de la confiserie et du tabac, section locale 324 et Boulangerie Weston Québec inc.*, [1996] C.T. 73 ; appel accueilli : *Boulangerie Weston Québec inc. c. Syndicat international des travailleurs et travailleuses de la boulangerie, de la confiserie et du tabac, section locale 324*, D.T.E. 96T-951 (T.T.).

35. Notamment en cas de clauses abusives : C.c.Q., art. 1437.

là le fait que la notion de subordination a perdu ses vertus unificatrices au profit d'une notion d'emploi, encore floue³⁶. Nous y reviendrons.

Salariés de qui ? La détermination de l'employeur

L'emploi typique est un emploi salarié, à durée indéterminée et à temps plein pour un même employeur qui est responsable du respect des obligations qui sont imposées par les lois protectrices à l'égard des salariés. Phénomène généré par l'évolution du marché du travail et les choix organisationnels des entreprises, les relations triangulaires de travail qui mettent en cause deux « employeurs » potentiels d'un même salarié rendent difficile l'identification de l'employeur qui sera responsable du respect de ces différentes obligations. Le cas le plus connu est celui impliquant des agences de personnel affectant des salariés à des missions exécutées dans une ou plusieurs entreprises utilisatrices³⁷. C'est aussi la notion de subordination qui permet dans ces cas d'identifier l'employeur véritable, c'est-à-dire celui qui détient les pouvoirs de direction et de contrôle du travail du salarié.

36. Voir la parution récente de deux ouvrages dont l'objet est le droit de l'emploi : Fernand MORIN et Jean-Yves BRIÈRE, *Le droit de l'emploi au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 1448 p. ; Jean PÉLISSIER, *Droit de l'emploi 1998*, Paris, Dalloz, 1998, 124 p.

37. Les transformations de l'organisation du travail ou de la structure juridique de l'entreprise pourront faire naître des problèmes relativement à l'identité de l'employeur ou à la configuration de l'entreprise à laquelle se rattache le rapport de travail. Ainsi en est-il en matière de sous-traitance, qui consiste à confier à un tiers l'exécution d'une activité de l'entreprise. La consultation menée récemment par la Conférence internationale du Travail au sujet du travail en sous-traitance, aux fins de l'adoption d'un instrument international (recommandation ou convention internationale de l'O.I.T) qui établirait des mesures protectrices dans ces situations (en matière de rémunération, congés, protection de la maternité et droit d'organisation et de négociation notamment) illustre la difficulté de définir le phénomène, qui recouvre aussi le travail autonome et le recours à des agences de personnel. La Conférence a soumis pour consultation la question suivante quant à la définition du phénomène :

« (1) L'expression « travail en sous-traitance » devrait-elle désigner le travail effectué par un travailleur occupé en sous-traitance pour une personne physique ou morale (ci-après désignée comme l'« entreprise utilisatrice ») ?

(2) L'expression « travailleur occupé en sous-traitance » devrait-elle désigner une personne :

- a) qui effectue un travail pour une entreprise utilisatrice ou qui lui fournit des services :
 - i) soit directement en qualité de sous-traitant individuel ?
 - ii) soit en tant que salarié d'un sous-traitant ?
 - iii) soit par l'entremise d'un intermédiaire ? Et
- b) qui se trouve dans une situation de dépendance substantielle sur le plan économique et/ou de l'organisation du travail par rapport à cette entreprise sans avoir la qualité de salarié de celle-ci ?

(3) Le terme « sous-traitant » devrait-il désigner toute personne physique ou morale qui s'engage par contrat à faire exécuter un travail pour une entreprise utilisatrice ou à lui faire fournir un service ?

C'est du moins ce qu'a confirmé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*³⁸. Dans cette affaire, la Cour suprême devait se prononcer sur le caractère raisonnable d'un jugement du Tribunal du travail portant sur l'appartenance d'une salariée provenant d'une agence de personnel à l'unité d'accréditation existant dans l'entreprise utilisatrice où elle avait été affectée à deux reprises, pour une durée de 6 et de 18 semaines. La Cour suprême a maintenu la décision du Tribunal à l'effet que l'entreprise utilisatrice était le véritable employeur de la salariée. Pour ce faire, elle approuve l'approche globale utilisée par le Tribunal du travail, qui recherche qui exerce « le contrôle sur les prestations

(4) Le terme « intermédiaire » devrait-il désigner toute personne physique ou morale qui fournit à une entreprise utilisatrice un travailleur occupé en sous-traitance, sauf dans le cas où l'intermédiaire a la qualité d'employeur de ce travailleur ? » Les paragraphes (5) et (6) portent sur les critères qui permettraient de reconnaître une situation de dépendance substantielle sur le plan économique et/ou de l'organisation du travail par rapport à l'entreprise utilisatrice. »

(*Le travail en sous-traitance*, Rapport VI (2), Conférence internationale du Travail, 85^e session, Genève, Bureau international du Travail, 1997, p. 29 et suiv.). Aucune convention ou recommandation n'a encore été adoptée, la 86^e session de la Conférence internationale du Travail (juin 1998) ayant plutôt conduit à la création d'un comité d'experts devant examiner cette question en vue d'une inscription à l'ordre du jour d'une future Conférence internationale du Travail, au plus tard en 2002. Voir aussi : Thérèse AUBERT-MONPEYSEN, « Les frontières du salariat à l'épreuve des stratégies d'utilisation de la force de travail », (1997) *Droit social* 616

Pour des décisions récentes relatives à la sous-traitance ou à la modification de la structure juridique de l'entreprise en matière de détermination de l'employeur dans le cadre du régime d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles : *Service de distribution Richard Henri inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1997] B.R.P. 163, en appel (C.A.L.P.) ; *Construction Donald Dugas inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1997] B.R.P. 227, en appel (C.A.L.P.) ; *Commission de la santé et de la sécurité du travail et Centre de distribution S.L.W. inc.*, [1997] C.A.L.P. 1395, requête en évocation rejetée, 17-02-1998 (C.S.M.). Dans le contexte des rapports collectifs du travail : *Golf du Grand Portneuf inc. et Union des employées et employés de service, section locale 800*, D.T.E. 97T-913 (C.T.) ; *Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 9324 et Métromédia C.M.R. Plus inc.*, D.T.E. 97T-1098 (C.T.) ; appel accueilli : *Métallurgistes Unis d'Amérique, section locale 9324 c. Métromédia C.M.R. Plus inc.*, [1998] R.J.D.T. 167 (T.T.) ; D.T.E. 98T-292 ; *Syndicat des travailleuses et des travailleurs de l'Hôtel Westin Mont-Royal Montréal c. Kuo Hôtels Canada inc.*, [1997] T.T. 221, requête en évocation rejetée, 20-01-1998 (C.S.M.) ; en appel (C.A.M.) ; *Syndicat des employés municipaux de Mirabel et Ville de Mirabel*, D.T.E. 96T-217 (C.T.) (organisme à but non lucratif formé pour fournir un service à une municipalité). Voir aussi : *Mr. Jeff inc. et Monette*, D.T.E. 97T-885 (C.S.) : un commissaire n'a pas commis d'erreur déraisonnable en considérant deux personnes morales distinctes comme exploitant une seule entreprise aux fins de l'application du droit du travail.

38. *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, précité, note 12.

de travail quotidiennes [directives quant à l'exécution du travail quotidien] et les conditions de travail générales [horaires de travail, congés, repas, jours fériés] »³⁹ de la personne, tout en considérant d'autres facteurs : rémunération, discipline, sentiment d'intégration à l'entreprise révélé notamment par la durée des assignations⁴⁰. Tous ces facteurs ne sont pas d'égale importance, la subordination juridique révélée par le contrôle quotidien de l'exécution du travail et le pouvoir de déterminer les conditions de travail générales ayant un poids déterminant dans l'approche du Tribunal du travail.

Certaines situations de fait sont limpides et justifient que l'entreprise utilisatrice soit désignée comme l'employeur véritable : il en est ainsi lorsqu'un salarié continue d'exercer le même travail après avoir été « congédié » par son employeur et « embauché » par une agence de personnel qui l'affecte au travail qu'il occupait déjà⁴¹ ! Dans ces cas, les salariés continuent dans les faits d'exercer les mêmes fonctions auprès de la même entreprise. Il arrive que l'agence de personnel soit dirigée par une personne qui exerce aussi des fonctions de direction dans l'entreprise utilisatrice⁴². Il en est de même lorsqu'il ressort que ce sont les mêmes salariés de l'agence de personnel qui reviennent dans l'entreprise utilisatrice d'une année à l'autre, comme le ferait son propre personnel occasionnel⁴³ ou que ces personnes ne sont jamais affectées par l'agence à des missions exécutées dans une autre entreprise⁴⁴. Dans les faits, peu importent les termes du contrat, le lien de subordination existe entre le travailleur et l'entreprise utilisatrice et le seul fait que la rémunération du salarié provienne de l'agence de personnel n'en change pas la nature. Cette solution est retenue, que ce soit aux fins de l'identification de l'employeur dans le cadre du régime d'indemnisation

39. *Id.*, 1049.

40. *Id.*, 1049-1053.

41. *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Uni-viande inc.*, précité, note 10 ; *Maras et Clinique familiale St-Vincent enr.*, D.T.E. 96T-1254 (C.T.) ; *United Food and Commercial Workers International Union, Local 909 et Service de personnel Antoine inc.*, D.T.E. 97T-191 (C.T.) ; *Groupe Techni-fond inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1996] B.R.P. 322 ; *Aluminium Astral inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1996] B.R.P. 318.

42. Voir par exemple : *Cambior inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1995] B.R.P. 785 ; D.T.E. 96T-665.

43. *Maisons Quebeco inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, [1995] C.A.L.P. 1607 ; D.T.E. 96T-5 ; requête en évocation (C.S. Abitibi).

44. *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Uni-viande inc.*, précité, note 10.

des accidents du travail et des maladies professionnelles⁴⁵, d'une plainte fondée sur la *Loi sur les normes du travail*⁴⁶ ou d'un recours portant sur l'appartenance des salariés provenant de l'agence à l'unité d'accréditation de l'entreprise utilisatrice⁴⁷.

Il nous semble toutefois important de rappeler que le travail par le truchement d'agences de personnel présente des caractéristiques différentes qui pourraient ne pas être suffisamment prises en compte par cette approche globale où la supervision quotidienne du travail, c'est-à-dire la subordination juridique au sens strict, est élevée au rang de critère probant. Dans certains cas, le salarié ne travaille que dans une seule entreprise utilisatrice pour une longue période de durée indéterminée s'étendant parfois sur plusieurs années : il y occupe un poste répondant aux besoins permanents de l'entreprise, ce qui révèle son intégration à celle-ci⁴⁸ et justifie qu'elle en soit considérée comme l'employeur véritable. Dans d'autres cas, cependant, le salarié remplit des missions de courte durée dans plusieurs entreprises différentes : il est affecté dans ces entreprises à titre de personnel d'appoint ou pour des remplacements de salariés temporairement absents⁴⁹. Désigner dans ce contexte l'entreprise utilisatrice comme l'employeur véritable en appliquant une approche conférant une valeur importante à la subordination *quotidienne* du travail méconnaît le contrôle que l'agence exerce sur la *carrière* du salarié (embauche, formation, détermination des affectations) et sur sa capacité de gagner sa vie. Ne doit-on pas reconnaître plutôt que le rapport entre le salarié et l'agence présente des éléments de subordination juridique au sens large (formation, affectations) et de dépendance économique constitutifs d'un véritable lien d'emploi ? Collectivement, et compte tenu de cette relation de dépendance, les salariés de ces agences ne forment-ils pas un groupe ayant des intérêts communs qui pourraient justifier leur

45. Voir : *Groupe Techni-fond inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, précité, note 41 ; *Aluminium Astral inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, précité, note 41 ; *Maisons Quebec inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, précité, note 43 ; *Cambior inc. et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, précité, note 42.

46. *Tremblay et Ameublements Tanguay inc.*, D.T.E. 96T-628 (C.T.) ; *Maras et Clinique familiale St-Vincent enr.*, précité, note 41.

47. *Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 501 et Uni-viande inc.*, précité, note 10 ; *Association des employées et des employés de bureau de la Ville d'Aylmer inc. et Ville d'Aylmer*, D.T.E. 96T-247 (C.T.).

48. *Maras et Clinique familiale St-Vincent enr.*, précité, note 41.

49. *Association des employées et des employés de bureau de la Ville d'Aylmer inc. et Ville d'Aylmer*, précité, note 47.

syndicalisation et la négociation d'une convention collective avec l'agence qui déterminerait leurs conditions de travail⁵⁰ ?

Les relations de travail triangulaires font ressortir les limites d'un droit protecteur dont l'application repose sur la recherche préalable d'une relation bilatérale de travail subordonné. L'effet concret, et heureux, de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Ville de Pointe-Claire* est d'assurer une égalité dans le traitement de personnes qui exécutent un même travail dans un même lieu et de dissuader les entreprises de recourir à une agence de personnel dans le seul but de réduire les conditions de travail offertes aux salariés de ces agences⁵¹. On peut se demander si une disposition claire garantissant une égalité dans le traitement des travailleurs exécutant un travail équivalent dans un même établissement, peu importe l'employeur, ne permettrait pas de mieux atteindre l'objectif de protection des salariés des agences tout en évitant de devoir « adapter » des notions correspondant à une relation bilatérale de travail. Encore ici, l'application de normes protectrices reliée à une *activité* de travail ne s'inscrivant pas nécessairement dans le cadre bilatéral habituel du rapport d'obligation est soulevée par ces nouvelles formes d'emploi.

Mise en œuvre des normes protectrices

Si le travail autonome est le statut d'emploi qui connaît actuellement le développement le plus important, la fragmentation s'est d'abord opérée, depuis une vingtaine d'années, à l'intérieur même du salariat, par l'émergence d'emplois se distinguant par leur durée hebdomadaire réduite (travail à temps partiel ou sur appel) ou par l'instabilité de la relation d'emploi (contrat à durée déterminée, travail occasionnel, temporaire ou saisonnier). Les lois du travail québécoises n'opèrent pas de préférence législative pour le contrat de travail à durée indéterminée⁵² et n'ont donc ni freiné ce mouvement de fragmentation, ni contribué à réduire les décalages quant aux conditions de travail applicables aux salariés selon leur statut d'emploi. Ici, ce n'est plus l'acquisition du statut de salarié qui est en cause mais

50. Voir toutefois : *Cartage & Micellaneous Employees Union (FTQ-I.B.T.) c. Industries Brossard inc.*, [1974] T.T. 71 : une unité composée de salariés sur une liste d'appel (liste de disponibilité) d'une agence de location de main-d'œuvre n'est pas une unité appropriée.

51. Ce résultat n'est toutefois pas garanti puisque rien n'empêche que la convention collective comporte des dispositions particulières applicables aux salariés occasionnels provenant d'agences de placement.

52. Contrairement au *Code du travail* (art. L. 121-5) français, dans lequel le contrat de travail à durée indéterminée est le « contrat de droit commun » et le contrat à durée déterminée un contrat d'exception ne pouvant être convenu que dans des circonstances particulières.

bien les conditions d'accès aux différents avantages que la Loi garantit aux salariés. L'exercice, ici limité à la *Loi sur les normes du travail*, veut simplement illustrer par quelques exemples l'application difficile des protections créées par la loi pour certains statuts d'emploi.

L'exigence d'un service continu. Plusieurs des avantages garantis aux salariés par la *Loi sur les normes du travail* (vacances annuelles⁵³, jours fériés, chômés et payés⁵⁴, préavis⁵⁵, recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante⁵⁶, droit limité à la rémunération de certains congés familiaux⁵⁷) sont assujettis à une condition de service continu, dont la définition a été modifiée, en 1990, notamment pour tenir compte du développement des nouveaux statuts de travail⁵⁸. De manière générale, la condition de service continu requise pour l'octroi de ces avantages est appréciée souplement, à tout le moins lorsqu'elle s'inscrit dans le cadre d'une relation bilatérale de travail. Ainsi, les travailleurs saisonniers dont le contrat de travail se termine à la fin de chaque saison sans garantie formelle de retour au travail pourront se voir reconnaître une durée de service continu prenant en compte la totalité de leur lien avec l'employeur⁵⁹; il en est de même des travailleurs intermittents⁶⁰. Dans le même sens, le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée pourra, en certaines circonstances, être assimilé à un congédiement⁶¹. Le service continu reposant sur la *durée du lien d'emploi* et non sur la durée des périodes de travail effectif, son cumul n'est pas affecté par le fait que le travail soit réalisé à temps partiel. Une décision récente suggère cependant que l'appréciation de la condition de service pourrait soulever des difficultés lorsqu'une relation

53. L.n.t., art. 67 et suiv.

54. *Id.*, art. 65.

55. *Id.*, art. 82 et 82.1.

56. *Id.*, art. 124.

57. *Id.*, art. 81.1.

58. *Id.*, art. 1, par. 12. Le service continu y est défini comme : « la durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat ».

59. *Jean-François et L.V.M. Tech inc.*, D.T.E. 96T-1377 (C.T.); *Cité de Dorval c. St-Georges*, D.T.E. 96T-1379, en appel (C.A.M.). Voir toutefois : *Commission des normes du travail c. Municipalité de Tourville*, D.T.E. 97T-421 (C.Q.).

60. *Commission des normes du travail c. Lumilec inc.*, D.T.E. 97T-244 (C.Q.); *Bachand et Technologies industrielles S.N.C. inc.*, D.T.E. 96T-1222 (C.T.), requête en évocation rejetée : *Technologies industrielles S.N.C. inc. c. Vaillancourt*, D.T.E. 97T-781 (C.S.), en appel (C.A.M.).

61. *Moore c. Montréal Trust*, [1988] R.J.Q. 2342 (C.A.).

triangulaire de travail est en cause : dans cette affaire, le commissaire du travail a estimé que le cumul du service continu d'une salariée qui exécutait des tâches d'entretien dans une résidence pour personnes âgées, d'abord en tant que salariée d'une agence de personnel, puis en tant que salariée de la résidence, a été interrompu par le changement d'employeur, même si la salariée exécutait les mêmes tâches dans la même entreprise⁶².

Pour donner véritablement accès à un régime protecteur, il faut que les seuils de service continu fixés pour avoir droit aux avantages contenus dans la Loi soient réalistes compte tenu de l'état du marché du travail ! Par exemple, que penser de l'effectivité du seuil de trois ans de service continu fixé pour pouvoir accéder au recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, quand on sait qu'au Québec, la durée moyenne des nouveaux emplois était de 3,6 ans entre 1981 et 1994, que seulement 38,4 % des nouveaux emplois à temps plein et à temps partiel apparus entre 1981 et 1985 duraient plus d'une année et que cette proportion a chuté à 31,8 % pour les nouveaux emplois créés entre 1991 et 1994⁶³ ? Ces statistiques montrent que pour plusieurs nouveaux emplois, la durée du lien d'emploi ne permet pas d'atteindre le seuil ouvrant droit à ce recours. Une condition de service continu de douze mois, comme dans le *Code canadien du travail*, serait plus adaptée⁶⁴.

L'exigence d'une prestation effective de travail. Certaines normes reposent aussi sur la réalisation d'une prestation effective de travail. Il en est ainsi des règles relatives au paiement des congés fériés prévus par la loi⁶⁵, qui exigent que ce jour soit un jour ouvrable pour le salarié. Cette condition pourra désavantager des salariés à temps partiel lorsque le jour férié n'est pas pour eux un jour ouvrable ou des travailleurs occasionnels qui devront pouvoir démontrer qu'il s'agit pour eux d'un jour habituel de travail⁶⁶.

Les heures normales de travail. Dans la *Loi sur les normes du travail*, les heures normales de travail à l'issue desquelles un salarié exécute des heures supplémentaires qui sont rémunérées à taux majoré ou qui ouvrent

62. *Corriveau et Résidence St-Philippe de Windsor*, [1997] C.T. 464.

63. « La durée des nouveaux emplois 1981-1994 », Site de *Développement des ressources humaines Canada (DRHC)*, 1998.

64. C.c.t., art. 240 (1).

65. L.n.t., art. 60 et 62.

66. *Commission des normes du travail c. Béatrice Foods inc.*, D.T.E. 97T-1172 (C.Q.) (surnuméraires). Voir aussi le cas de personnes n'ayant pas le statut de salarié requis pour bénéficier d'un jour férié correspondant à une courte période d'interruption entre deux contrats à durée déterminée : *Syndicat des professeurs de l'État du Québec et Québec (Ministère des Communautés culturelles et de l'immigration)*, D.T.E. 96T-1087 (J.-P. Tremblay, arb.).

droit à des congés sont établies sur une base hebdomadaire et non sur une base quotidienne. Ceci a pour effet concret de rendre cette règle non applicable au travailleur à temps partiel⁶⁷, même si les heures additionnelles qui lui sont demandées s'ajoutent à son horaire régulier de travail. Encore ici, la solution est simple : introduire, comme dans le *Code canadien du travail*⁶⁸ ou plusieurs conventions collectives, une journée normale de travail.

Les exclusions particulières. Enfin, des dispositions particulières de la Loi ont pour effet d'exclure certains statuts d'emploi de l'application de normes du travail. Ainsi en est-il des travailleurs à domicile qui sont exclus en pratique des dispositions relatives au salaire minimum⁶⁹ et à la semaine normale de travail⁷⁰. Il en est de même de certains travailleurs saisonniers ou agricoles, exclus des dispositions relatives au salaire minimum⁷¹, à la durée de la semaine normale de travail⁷² et au congé annuel⁷³.

Ces quelques exemples suggèrent que certains concepts autour desquels s'articule le rôle protecteur du droit du travail sont fortement marqués par le paradigme dominant de l'emploi régulier à temps plein. Les besoins de protection individuelle des salariés œuvrant dans le cadre des nouveaux statuts d'emploi sont indéniables : dans plusieurs cas, ils se trouvent dans une situation de dépendance accrue, quoique diffuse et nouvelle. Il ne semble pas que les moyens privilégiés pour combler ces besoins de protection leur soient toujours adaptés. Au-delà des amendements purement techniques qui pourraient améliorer la situation de ces salariés (pensons à une réduction des seuils de service continu et à l'instauration d'une journée normale de travail), la protection de ces salariés ne passe-t-elle pas par l'affirmation d'un principe général d'égalité de traitement entre les salariés qui exécutent une même tâche ?

67. L.n.t., art. 52. Voir sur l'application de la *Loi sur les normes du travail* pour les travailleurs atypiques : Jean-Yves BRIÈRE, « Le Bing Bang de l'emploi ou la confrontation de la *Loi sur les normes du travail* et des emplois atypiques », dans L. LAMARCHE (dir.), *op. cit.*, note 13, p. 3 et suiv.

68. C.c.t., art. 169 (1).

69. L'article 2, par. 4 du *Règlement sur les normes du travail* (R.R.Q., 1981, c. N-1.1, r.3 (ci-après cité : « R.n.t. ») prévoit en effet que le salaire minimum ne s'applique pas au « salarié entièrement rémunéré à commission qui travaille dans une activité à caractère commercial en dehors de l'établissement et dont les heures de travail sont incontrôlables ».

70. L'article 54, par. 4 de la Loi précise que la durée normale de travail ne s'applique pas à « un salarié qui travaille en dehors de l'établissement et dont les heures de travail sont incontrôlables ».

71. R.n.t., art. 2, par. 5 et 6).

72. L.n.t., art. 54, par. 5, 6 et 7.

73. L.n.t., art. 77, par.6.

Un principe d'égalité de traitement a été timidement affirmé dans la *Loi sur les normes du travail* en 1990. Les articles 41.1 et 74.1 imposent à l'employeur de ne pas accorder à un salarié un taux de salaire, une durée de congé annuel ou l'indemnité qui s'y rattache moindres que ceux accordés aux autres salariés qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement *pour le seul motif* que ce salarié travaille habituellement moins d'heures par semaine⁷⁴. Ces articles ont des failles évidentes : ils ne concernent pas tous les avantages accordés en contrepartie du travail, mais seulement la durée et l'indemnité de congé annuel payé et le taux de salaire, à l'exception des bonis, primes et indemnités qui s'ajoutent au salaire et des autres avantages sociaux (régimes de retraite, congés sociaux) qui constituent une part importante de la rémunération globale. D'autre part, ils ne s'appliquent pas aux salariés qui gagnent un taux de plus de deux fois le salaire minimum. Enfin, ils établissent un principe d'égalité de traitement entre salariés ayant des horaires de travail différents sur une base hebdomadaire, mais non entre les salariés dits réguliers et les salariés occasionnels, qui peuvent travailler à temps plein au cours d'une semaine de travail, mais dont la durée du lien d'emploi est courte ou prédéterminée. Ils ne couvrent donc pas toutes les nouvelles formes d'emploi.

UN DROIT ORGANISATEUR DES MILIEUX DE TRAVAIL ?

Le rôle protecteur du droit du travail passe aussi par la reconnaissance des intérêts collectifs des salariés qui s'expriment à travers des formes de représentation directe ou syndicale⁷⁵. Au Québec, comme dans l'ensemble des systèmes nord-américains, l'organisation d'un régime de rapports collectifs fondé sur le monopole de représentation syndicale et la négociation collective a été envisagée, du milieu des années quarante jusqu'à la fin des années soixante-dix, comme le principal moyen de corriger les effets de l'inégalité inhérente au rapport de travail.

À l'égard des salariés œuvrant dans le cadre de nouveaux statuts d'emploi, le régime des rapports collectifs ne pourra être protecteur que dans la mesure où il est représentatif de l'hétérogénéité des statuts de travail et capable d'en traduire les besoins particuliers. Or, des difficultés existent à cet égard, tant en ce qui a trait à l'accès à la représentation collective, qu'en ce qui a trait à l'exercice du pouvoir de représentation collective.

74. Sur l'application de ce principe en matière de salaires : *Maison Simons inc. c. Commission des normes du travail*, D.T.E. 96T-18 (C.A.), texte intégral sur microfiches, J.E. 96-85, 4 p.

75. P. VERGE et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 1, p. 50 et suiv.

L'accès à la représentation collective

Les travailleurs atypiques bénéficient-ils de la syndicalisation et de la négociation collective ? Les obstacles à leur pleine participation au régime des rapports collectifs sont nombreux. Le fait qu'une grande proportion des nouveaux statuts d'emploi se développe dans le secteur des services privés où la syndicalisation est notoirement difficile constitue un obstacle important, tout comme les difficultés que nous avons déjà évoquées relativement à la qualité de salariés des travailleurs autonomes et des travailleurs à domicile. La décentralisation des unités d'accréditation, ne pouvant regrouper que les salariés d'un même employeur⁷⁶, fait aussi en sorte que les salariés œuvrant pour des employeurs différents, par cumul d'emploi ou dans le cadre de relations de travail triangulaires, pourront difficilement profiter d'une représentation syndicale stable ; au mieux, pourront-ils être temporairement intégrés à des unités d'accréditation différentes, au fil de leur cheminement professionnel pour des employeurs distincts. S'ajoutent enfin des difficultés se manifestant aux deux étapes d'une procédure d'accréditation : la détermination de l'unité d'accréditation et l'appréciation du caractère représentatif d'une association de salariés.

L'unité d'accréditation. Les salariés œuvrant dans le cadre des formes particulières d'emploi doivent-ils être intégrés à des unités générales regroupant l'ensemble des salariés d'un employeur ou, compte tenu de leurs intérêts particuliers, constituer un groupe distinct aux fins de l'accréditation syndicale ? Ce sont les conséquences de l'hétérogénéité des intérêts engendrée par la diversification des statuts de travail sur la configuration des unités d'accréditation qui sont ici soulevées. Le *Code du travail* impose peu de contraintes quant aux critères de détermination d'une unité d'accréditation : celle-ci regroupe la totalité des salariés de l'employeur, ce qui est une unité générale, ou un groupe distinct de salariés de cet employeur constituant une unité particulière, suivant l'accord intervenu entre l'employeur et l'association de salariés et constaté par l'agent d'accréditation⁷⁷ ou encore suivant la décision du commissaire du travail au sujet du caractère approprié de l'unité d'accréditation définie par l'association de salariés requérante⁷⁸. Lorsqu'il y a entente entre les parties syndicale et patronale sur le contour de l'unité visée par la requête, l'inclusion ou l'exclusion des salariés atypiques pourra varier selon le contenu de l'entente. Lorsqu'il y a désaccord sur l'unité d'accréditation et que le commissaire du travail intervient, il dispose de critères « classiques » élaborés dans la jurisprudence : la communauté d'intérêts sur le plan des relations du travail entre les salariés,

76. C.t., art. 21, al. 3.

77. C.t., art. 28 a) et b).

78. C.t., art. 32, al.1).

l'historique des relations du travail dans l'entreprise et le secteur, le désir manifesté par les salariés en cause, le critère géographique ou la structure physique de l'entreprise et, enfin, le souci de préserver la paix industrielle en évitant la multiplication d'unités d'accréditation distinctes dans une même entreprise. C'est en se fondant sur ces critères qu'il pourra être amené à se prononcer sur l'inclusion ou l'exclusion de salariés atypiques à des unités regroupant des salariés réguliers d'un employeur.

Les tendances se dégageant de la jurisprudence et de la doctrine montrent que la situation varie selon qu'il s'agisse de travailleurs réguliers à temps partiel ou de travailleurs occasionnels ou sur appel. Les salariés réguliers à temps partiel sont généralement inclus dans les unités constituées pour l'ensemble des salariés à temps plein de l'employeur⁷⁹. La situation est plus incertaine pour les salariés occasionnels ou temporaires, même si le principe établi depuis quelques années veut que « les employés temporaires ne doivent être exclus d'une unité [...] que si la preuve est faite qu'ils forment un groupe distinct devant lui-même constituer une unité appropriée de négociation »⁸⁰. R. P. Gagnon écrit que la tendance est tout de même à l'exclusion des salariés purement occasionnels du groupe des salariés réguliers de l'employeur⁸¹, notamment lorsqu'il s'agit de salariés embauchés pour une durée déterminée sans possibilité de rappel. La situation des travailleurs occasionnels ou temporaires semble devoir être appréciée au cas par cas⁸². Par ailleurs, une association de salariés précaires déjà compris dans une unité d'accréditation plus large peut demander un fractionnement

79. Robert P. GAGNON, *Le droit du travail du Québec. Pratiques et théories*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1996, p. 272 ; Jean-Denis GAGNON, « Employé parfois ou quelquefois. Le travail atypique ou précaire : les insuffisances du droit canadien et québécois », (1991) 70 *Revue du Barreau canadien* 71, 80. Même si la distinction entre un salarié à temps partiel et un salarié occasionnel n'est pas toujours clairement établie, voir par exemple : *Fraternité canadienne des cheminots, employés de transport et autres ouvriers, local 535 et Transport Sonar Inc.*, [1989] T.T. 137 (critère de la communauté d'intérêt avancé pour rejeter la demande du syndicat requérant d'exclure les travailleurs à temps partiel) ; *Monsieur Muffler ltée c. Syndicat des travailleurs de Monsieur Muffler*, [1985] T.T. 297.

80. *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 c. Serres Rougemont inc.*, [1976] T.T. 251, 255 ; J.-D. GAGNON, *loc. cit.*, note 79, 78-83. Voir aussi un cas récent d'inclusion de salariés embauchés pour une période déterminée et dont le salaire est versé à partir de subventions gouvernementales : *Syndicat des salariées et des salariés du Musée d'archéologie de Montréal et Société du Musée d'archéologie et d'histoire de Montréal Pointe-à-Callière*, précité, note 11.

81. R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 79, p. 272.

82. Voir, dans le sens de l'exclusion, outre la jurisprudence citée par R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 79, p. 272, note 87 : *Construction du St-Laurent ltée c. International Union of Operating Engineers, local 791 (FTQ)*, [1972] T.T. 195. Dans le sens de l'inclusion de salariés occasionnels ou temporaires : *Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999 c. Serres Rougemont inc.*, précité, note 80 ;

de l'unité existante afin de constituer un groupe distinct aux fins de l'accréditation. Les tribunaux sont réticents à admettre le fractionnement⁸³ même s'ils ont pu le faire dans le cas de travailleurs intermittents disposant de conditions de travail distinctes, d'intérêts communs propres et ayant été mal servis par une convention collective discriminatoire à leur égard⁸⁴.

L'appréciation du caractère représentatif. La détermination de la liste de salariés à retenir aux fins de l'établissement du caractère représentatif de l'association de salariés est guidée par les conditions déterminées à l'article 36.1 du *Code du travail*⁸⁵. Une personne pourra être reconnue membre du syndicat si elle est un salarié compris dans l'unité de négociation visée par la requête et qu'elle a rempli cette condition le ou avant le jour de la requête. Qu'en est-il des travailleurs qui, à cause de l'irrégularité de leur prestation de travail, ne sont pas au service de l'employeur au moment où une requête est déposée? C'est le critère de la réalité prochaine du retour au travail qui permettra de déterminer si des salariés intermittents ou saisonniers ayant travaillé régulièrement pour l'entreprise dans les années antérieures mais mis à pied au moment de la requête ou si des salariés ayant été liés à l'employeur par un contrat à durée déterminée expiré au moment de la requête pourront être considérés aux fins de l'appréciation du caractère représentatif⁸⁶. Ce n'est que lorsque cette probabilité de retour au travail est difficile à apprécier que l'on pourra retenir les salariés ayant fourni une prestation de travail au cours d'au moins sept semaines au cours des treize semaines précédant le dépôt de la requête⁸⁷.

Salaison Herpask et Travailleurs canadiens de l'alimentation, local P-405, [1971] T.T. 151; *Syndicat des employés de magasins de Victoriaville et de la région c. Sodisco inc.*, D.T.E. 97T-633 (T.T.).

83. R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 79, p. 277.

84. *Syndicat des travailleuses et travailleurs en loisirs de Ville de Laval c. Ville de Laval*, [1987] C.T. 223, 228.

85. La liste des salariés sert de contrôle aux seules fins de l'accréditation et n'a plus de portée par la suite : C.t., art. 67. Voir aussi le *Règlement sur l'exercice du droit d'association conformément au Code du travail*, R.R.Q., 1981, c. C-27, r. 3, art. 18.

86. R. P. GAGNON, *op. cit.*, note 79, p. 281-282; *Université Laval c. Syndicat des chargés de cours de l'Université Laval*, [1986] T.T. 351 (contrats à durée déterminée); *Union des employés d'hôtels, restaurants et commis de bar, local 31 c. Syndicat des travailleurs(euses) du Bonaventure*, [1984] T.T. 393 (travailleurs occasionnels inscrits sur une liste de disponibilité); *Syndicat des travailleurs et travailleuses du Centre d'accueil Anne-le-Seigneur C.E.Q. c. Syndicat des employés et employées du Service Bétournay C.S.N. et Centre d'accueil Anne-le-Seigneur*, [1990] T.T. 481 (travailleurs occasionnels sur listes de rappel et sur listes d'appel); *Famous Players inc. c. Syndicat des travailleuses et travailleurs du cinéma Parisien*, D.T.E. 96T-434 (T.T.); *Syndicat des employés d'Autobus Magog et Syndicat des travailleuses et travailleurs d'Autobus Magog*, D.T.E. 96T-278 (C.T.).

87. Voir par exemple : *Sobeys c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Sobeys de Baie-Comeau*, [1995] T.T. 306; D.T.E. 95T-627; *Syndicat régional des employés de soutien c. Syndicat de soutien scolaire du Saguenay*, [1986] T.T. 324.

ou une autre règle mieux adaptée au milieu de travail en cause⁸⁸. La difficulté réside ici dans la recherche d'un critère capable de traduire la continuité du travail de salariés dont le statut est, par définition, instable et irrégulier.

L'incertitude semble donc caractériser le traitement réservé, dans notre régime des rapports collectifs, aux nouveaux statuts d'emploi ; ils ne sont intégrés qu'au prix d'une adaptation de critères manifestement conçus pour des rapports de travail homogènes et continus.

L'exercice de la représentation collective : le contenu des conventions collectives

Même si les salariés œuvrant dans le cadre de nouveaux statuts d'emploi sont finalement intégrés dans des unités d'accréditation plus vastes, sont-ils bien servis par le contenu des conventions collectives ? Les parties à la convention collective disposent d'une grande liberté quant au contenu de la convention collective : celle-ci peut comprendre toute disposition portant sur des conditions de travail qui n'est pas prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public⁸⁹. Dans ce contexte de grande liberté contractuelle quant au fond sont apparues des clauses qui réservent un traitement différent entre salariés compris dans une même unité d'accréditation en fonction de leur statut d'emploi. Certaines sont apparues dans un contexte de négociation de concessions ; d'autres cependant, font partie de ce qu'on peut qualifier de « contenu type » des conventions collectives.

Quelques clauses types des conventions collectives. Ces clauses instaurant une différenciation dans le traitement des salariés en fonction de leur statut d'emploi ne sont pas d'apparition récente⁹⁰. Il n'est pas rare de trouver dans les clauses introductives des conventions collectives une définition des statuts d'emploi qui sert à aménager des accès différenciés aux avantages prévus dans la convention collective. Suivant leur statut, les salariés auront ou non accès aux assurances collectives, au régime de retraite, aux congés de maladie et autres congés, ... Cette différenciation porte aussi sur des règles de gestion du travail et de la convention collective. Ainsi en est-il de *l'accès à la procédure de grief*, dont les travailleurs à l'essai, temporaires

88. *Syndicat des salariées et salariés de la Régie des installations olympiques et Régie des installations olympiques*, D.T.E. 97T-1291 (C.T.).

89. C.t., art. 62.

90. Voir à ce sujet : Michel BROSSARD et Marcel SIMARD, *Les statuts de travail. Une analyse socio-institutionnelle de la population active québécoise*, Gouvernement du Québec, Commissions consultative sur le travail, 1986, p. 75 et suiv.

ou occasionnels sont parfois exclus⁹¹ ou des *règles différentes de calcul de l'ancienneté selon les statuts d'emploi*. Contrairement à la notion de service continu au sens de la *Loi sur les normes du travail*, la notion conventionnelle d'ancienneté ne correspond pas toujours à la durée réelle du lien d'emploi. Elle est souvent calculée de manière différente selon les statuts d'emploi et n'est pas intégralement conservée lorsqu'une personne change de statut à l'intérieur de l'entreprise⁹². Ici, ce n'est plus la réalité de la durée du rapport de travail qui est prise en compte mais bien l'organisation du marché interne du travail de l'entreprise par sphères étanches délimitées par les différents statuts d'emploi, à l'intérieur desquelles l'ancienneté servira à départager les droits relatifs des salariés. À durée de service égale, certains salariés non réguliers n'auront pas accès aux mêmes avantages⁹³ ; il n'est pas rare non plus de trouver dans les conventions collectives des clauses conférant priorité aux employés réguliers sur les salariés à temps partiel ou occasionnels, peu importe la durée véritable du lien d'emploi, pour déterminer l'ordre des mises à pied pour manque de travail ou l'attribution du temps supplémentaire⁹⁴.

91. Voir toutefois : *Union des employés du transport local et industries diverses c. Laboratoires Atlas*, D.T.E. 92T-125 (B. Brody, arb.), où une clause qui écarte un salarié temporaire de la procédure de grief est considérée inopérante parce que contraire à l'ordre public et à l'article 3 du *Code du travail*. Il arrive aussi que ces salariés soient l'objet d'un traitement particulier dans la convention collective ; voir par exemple : *CFCF inc. et Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 614M*, D.T.E. 96T-1467 (M. Gravel, arb.).
92. Voir les décisions suivantes portant sur le calcul de l'ancienneté et du service continu dans un contexte de modification du statut d'emploi : *Compagnie de la Baie d'Hudson et Union des employés du transport local et industries diverses, section locale 931*, D.T.E. 96T-469 (H. Frumkin, arb.) ; *Ville de Jonquière et Syndicat des employés municipaux de Jonquière*, D.T.E. 96T-321 (G. Desnoyers, arb.) ; *Syndicat des travailleurs d'Acier Leroux et Acier Leroux*, D.T.E. 97T-365 (C. Jobin, arb.) ; *Syndicat de la fonction publique du Québec et Commission de la santé et de la sécurité du travail*, D.T.E. 97T-617 (G. Lavoie, arb.), requête en évocation accueillie : *Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Lavoie*, D.T.E. 98T-661 (C.S.) ; en appel (C.A.M.).
93. Par exemple, sur l'interprétation d'une clause attribuant la sécurité d'emploi aux salariés justifiant d'une certaine durée de service, en excluant les salariés occasionnels, à temps partiel ou saisonniers : *Fraternité des préposés à l'entretien des voies c. Picher*, D.T.E. 97T-386 (C.S.), en appel (C.A.M.) ; sur un contrat à durée déterminée dont la durée excède la période de probation prévue à la convention collective et donnant droit d'être inscrit sur la liste de rappel au travail : *Sœurs des Saints Noms de Jésus et de Marie du Québec et Syndicat des travailleuses et travailleurs de la maison mère des Sœurs des Saints Noms de Jésus et de Marie*, [1997] T.A. 767 ; D.T.E. 97T-948 (V. Larouche, arb.), requête en évocation rejetée, 15-09-1997 (C.S.M.) ; requête en rejet d'appel rejetée, 11-12-1997 (C.A.M.).
94. Voir par exemple : *Syndicat des travailleuses et travailleurs de Provigo, entrepôt fruits et légumes et Provigo Distribution inc., division fruits et légumes Québec*, D.T.E. 97T-643 (D. Tremblay, arb.).

On peut penser que ces clauses ont été élaborées dans un contexte où les statuts atypiques étaient marginaux, qu'ils ne représentaient qu'une petite proportion des salariés assujettis à la convention collective et qu'ils ne constituaient qu'un passage dans la carrière d'un individu dans l'attente d'un poste régulier à temps plein : les exclusions qu'elles instaurent à l'égard de ces salariés étaient donc temporaires.

La négociation de concessions. À ces différences « structurelles » dans le traitement conventionnel des salariés selon leurs statuts d'emploi s'ajoutent des clauses qui apparaissent au gré de la conjoncture des négociations collectives. Ainsi en est-il des clauses orphelin ou grand-père, qui assujettissent les nouveaux salariés, parfois temporaires ou occasionnels, qui exécutent les mêmes fonctions dans une même unité d'accréditation à une progression salariale différente ou à des taux de salaires moindres⁹⁵. Ces clauses, comme le démontrent éloquemment les négociations récentes dans le secteur municipal⁹⁶, sont négociées dans un contexte de réduction des coûts ; elles permettent de consentir des concessions qui affectent peu ou pas les salariés couverts au moment de la signature de la convention. Autre exemple : on peut penser que les fortes pressions pour que les conventions collectives comportent des éléments de flexibilité numérique — c'est-à-dire une meilleure capacité d'adapter rapidement le volume d'emplois au travail disponible — impliquent entre autres une ouverture accrue à la précarisation de l'emploi.

Le contexte actuel montre qu'il semble difficile de concilier les demandes de concessions et de flexibilité des employeurs et l'objectif d'équité dans le traitement des salariés qui œuvrent dans un même établissement pour une même tâche. La question de la centralisation ou de la décentralisation des unités d'accréditation est aussi soulevée par le traitement des statuts d'emploi dans les conventions collectives. L'inclusion des salariés atypiques dans des unités générales regroupant la totalité des salariés d'un employeur, où ils

95. Sylvain LEPAGE, « Les pratiques défavorables au nouveau salarié dans la convention collective : le cas de la double échelle », (1989) 30 *C. de D.* 525 ; Johanne PÈS et Anne-Marie BLANCHET, « La rémunération à double ou à multiples paliers dans les conventions collectives en vigueur au Québec », (mars 1988) *Le marché du travail* 79 ; Yves TURCOT, « La rémunération à double palier dans les conventions collectives au Québec. Évolution de la situation entre 1985 et 1990 », (novembre 1992) *Le marché du travail* 9-10, 78-87 ; *Vers une équité intergénérationnelle*, Document de réflexion sur les clauses « orphelin » dans les conventions collectives, Ministère du travail, 11 juin 1998, 10 p. et 5 p. plus annexes ; Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Mémoire à la Commission de l'économie et du travail sur la rémunération à double palier et les autres clauses dites « orphelins » dans les conventions collectives*, Québec, août 1998, 23 p.

96. Rock R. BEAUDET, *Les clauses « orphelins » dans le secteur municipal*, Montréal, Le Pont entre les générations, 24 février 1998.

sont minoritaires, fait craindre ce que certains ont appelé la tyrannie de la majorité⁹⁷. Plusieurs des clauses de la convention collective viennent en effet encadrer une situation de concurrence entre les salariés eux-mêmes, soit quant à l'octroi de certains avantages (ancienneté, mise à pied, promotion, choix de la période de vacances, attribution du temps supplémentaire), soit, ce qui est très actuel, quant à la répartition des concessions entre les salariés. Un examen (trop) sommaire des conventions collectives n'est pas très rassurant à cet égard, ni le contexte actuel de plusieurs négociations : n'y constate-t-on pas fréquemment une différence quant aux avantages sociaux octroyés aux salariés suivant leur statut, des règles d'ancienneté différentes, une double échelle salariale ? Par contre, la création d'unités particulières ne regroupant que des salariés précaires n'est ni souhaitable, ni réaliste. On peut douter de la possibilité de créer des syndicats viables lorsque les salariés ne disposent pas d'un emploi stable et que le roulement du personnel est important. Par ailleurs, quel serait le pouvoir de négociation d'un syndicat dans un tel cas ? La création d'unités distinctes d'accréditation conduirait à morceler la représentation des salariés et diminuerait les possibilités de passage entre les statuts. Elle ne ferait, à notre avis, qu'amplifier les problèmes actuels.

Ce problème de *représentation* des salariés occupant des emplois atypiques est difficile à résoudre dans le cadre actuel. Il impose une réflexion sur la mise en place d'un système de représentation plus souple, qui tiendrait compte des caractéristiques de ces emplois.

QUEL AVENIR POUR LE DROIT DU TRAVAIL ?

Les transformations actuelles du travail et de l'entreprise ne font disparaître ni la dépendance des travailleurs, ni le conflit d'intérêts entre travailleurs et employeurs, ni les risques générés par cette relation inégalitaire. Envisagé sous l'angle de son rôle, le droit du travail a certes toujours un avenir.

Toutefois, l'examen qui précède montre que ce rôle de protection est plus ou moins réalisé à l'égard des travailleurs œuvrant dans le cadre des nouvelles formes d'emploi. Certaines solutions applicables à court terme permettraient d'améliorer sensiblement la protection de ces salariés en adaptant des règles qui existent déjà à la nouvelle situation du marché du travail. Ainsi, en est-il de l'assujettissement des travailleurs à domicile et des travailleurs

97. C'est-à-dire l'incapacité de la négociation collective de refléter l'hétérogénéité des intérêts des salariés. Voir : David M. BEATTY, « Ideology, Politics and Unionism », dans K. P. SWAN and K. E. SWINTON, *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, p. 299, 332 et suiv.

autonomes économiquement dépendants au champ d'application des lois du travail, de l'encadrement du droit de l'employeur d'imposer la transformation d'un contrat de travail en un contrat d'entreprise, de l'introduction d'une journée normale de travail dans la *Loi sur les normes du travail* ou de la modification du seuil de service continu exigé pour l'octroi de certains avantages.

Toutefois, il nous semble que la réflexion doit s'orienter autour de transformations plus fondamentales qui feront en sorte que le droit du travail conservera sa capacité d'exercer ses fonctions de régulation au travers de règles nouvelles.

Un droit de l'activité plutôt qu'un droit des rapports de travail

Considérons la carrière d'un individu, caractérisée par une succession de contrats à durée déterminée et de contrats occasionnels, réalisés à titre de travailleur autonome ou de travailleur salarié, pour des entreprises distinctes, le tout entrecoupé de périodes de formation. Appréhendée par les outils habituels du droit du travail, c'est-à-dire insérée dans le cadre bilatéral des rapports entre un employeur et un salarié, la carrière professionnelle de cet individu se caractérise par sa discontinuité, ce qui aura des conséquences sur l'accès de cet individu à la protection sociale, aux dispositions protectrices du droit du travail et aux bénéfices d'une représentation collective stable.

Pourtant, envisagée sous l'angle de l'*activité de travail*, ce cheminement professionnel présente des éléments de continuité indéniables orientés autour de l'exercice d'une activité de travail rémunéré. Cette activité se déploie toutefois dans des aires plus vastes à l'intérieur desquelles cet individu est appelé à se mouvoir tout au long de sa carrière professionnelle : le secteur, la profession ou le métier. Ne faudrait-il pas arrimer l'octroi de certaines normes protectrices du droit du travail à des critères qui tiennent compte de cette continuité, qui permettent de la reconstruire sous cet angle nouveau ? Tel est le premier chantier suggéré par les transformations actuelles du marché du travail.

Les effets actuellement rattachés à un rapport de travail subordonné sont importants : comme l'écrit Robert Castel, « le salaire cesse d'être la rétribution ponctuelle d'une tâche. Il assure des droits, donne accès à des prestations hors travail (maladies, accidents, retraite) et permet une participation élargie à la vie sociale », ce qui permet de réaliser une « intégration dans la subordination »⁹⁸. Le développement des nouveaux statuts d'emploi illustre les limites d'un régime protecteur axé exclusivement sur la condition

98. R. CASTEL, *op. cit.*, note 3, p. 324.

de subordination dans le cadre d'une relation de travail bilatérale. D'une part, parce que la notion de subordination ne recouvre pas toutes les formes de travail impliquant un état de dépendance économique qui génère pourtant des besoins de protection spécifiques. D'autre part, parce qu'il n'est pas toujours facile d'identifier l'employeur qui sera responsable du respect des obligations de protection à l'égard du salarié dès lors que le rapport d'emploi ne ressemble pas au modèle bilatéral classique. Enfin, parce que le rattachement d'un travail subordonné à un employeur ou à une entreprise en particulier fait obstacle à la reconnaissance de la continuité de l'activité salariée dans un contexte de grande mobilité professionnelle.

La reconnaissance de cette continuité du cheminement professionnel d'un individu pourrait être établie par la *transférabilité des avantages sociaux* qu'il acquiert par son activité de travail auprès d'employeurs différents. Les avantages sociaux, en particulier ceux qui découlent d'une condition de service continu, pourraient être conservés malgré un changement d'employeur, parce qu'ils seraient rattachés à chaque travailleur, plutôt qu'à un rapport de travail entre un employeur et un salarié⁹⁹.

L'idée d'un contrat-activité doit aussi être envisagée¹⁰⁰. Ce contrat implique un triple élargissement du cadre traditionnel de la relation d'emploi. Élargissement de *l'objet*, dans la mesure où ce contrat porte sur l'organisation d'un itinéraire professionnel conforme aux besoins et aux intérêts du groupe d'entreprises impliquées — pouvant comprendre des périodes de formation, de stage, de travail salarié, de travail indépendant et de disponibilité pour des entreprises différentes — et non plus uniquement sur les modalités de fourniture d'une prestation de travail subordonné pour un employeur¹⁰¹. En échange de ces engagements professionnels, le travailleur se voit garantir un revenu et des bénéfices de protection sociale. Élargissement de *l'espace temporel* de la relation d'emploi, qui n'est plus limité aux périodes de travail effectif ou à la durée du lien d'emploi pour un employeur particulier, mais qui prend en compte l'exécution dans le temps de toutes les composantes de l'itinéraire professionnel convenu. Ce double élargissement permet de :

reconstruire une sécurité de la relation d'emploi en lui donnant pour objet la construction d'un itinéraire professionnel et d'un statut social sur longue durée

99. Voir dans le même sens : *Rapport du Comité consultatif sur le milieu de travail en évolution*, Réflexion collective sur le milieu de travail en évolution, Ministre des travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 1997, p. 71.

100. *Le travail dans vingt ans*, Rapport de la commission présidée par Jean Boissonat, Paris, Éditions Odile Jacob/La documentation française, 1995, p. 278 et suiv.

101. Élargissement qui viendrait résoudre les difficultés actuellement liées à l'exigence d'une prestation de travail, que nous avons évoquées au début de ce texte.

à la place de l'errance professionnelle et sociale à laquelle sont condamnés aujourd'hui ceux qui sont en dehors du contrat à durée indéterminée. C'est aussi transformer la flexibilité de l'emploi exigée par les entreprises en gestion positive de l'emploi pour les travailleurs au travers de l'organisation sécurisée de l'alternance professionnelle (sécurité du revenu, de l'emploi et de la protection sociale). C'est enfin, non pas restreindre la place du travail salarié traditionnel, mais simplement reconnaître que le travail productif déborde de plus en plus souvent les représentations que le droit du travail actuel donne de son contenu et de son temps¹⁰².

Enfin, dernier élargissement, qui constitue à lui seul un défi dans le cadre du système québécois des rapports collectifs du travail, du *champ personnel* de la relation d'emploi, dans la mesure où le contrat ne lie plus un salarié et un employeur, mais bien des *actifs ou leurs représentants et une pluralité d'employeurs relevant d'un groupement d'entreprises librement constitué*¹⁰³. Il fait de la reconnaissance de la mobilité professionnelle des salariés une responsabilité partagée par un groupe d'entreprises.

La transférabilité des avantages sociaux et le contrat d'activité ont tous deux pour conséquence d'introduire une responsabilité partagée des entreprises dans l'application des normes protectrices du travail. Ils impliquent, en corollaire, un mode de représentation des employeurs et des salariés correspondant à des aires plus vastes que l'entreprise, ce qui est encore peu développé dans notre système. C'est pourquoi la réflexion doit se prolonger sur une réforme des rapports collectifs de travail.

Favoriser une représentation collective stable dans un salariat hétérogène

Compte tenu des difficultés d'accès et d'exercice que nous avons déjà évoquées, on peut douter de la capacité des institutions collectives actuelles de représenter la diversité de la main-d'œuvre et de produire des règles adaptées à ses intérêts différents. On peut aussi penser que les modes de représentation actuels, ne visant qu'un seul employeur, ne peuvent promouvoir de manière continue les intérêts des salariés dont le travail s'exécute successivement ou concurremment pour des employeurs différents. La formation professionnelle, la transférabilité des droits, le reclassement, la sécurité

102. Thierry PRIESTLEY, « À propos du "contrat d'activité" proposé par le rapport Boissonnat », (1995) *Droit social* 955, 958.

103. *Le travail dans vingt ans, op. cit.*, note 100, p. 289. La représentation patronale est déjà organisée en France au niveau de la branche : « [À] la catégorie juridique de la branche, le contrat d'activité emprunterait la vocation à regrouper plusieurs entreprises juridiquement distinctes pour constituer une même personne morale à laquelle serait conférée des responsabilités sociales dont la particularité par rapport à la branche serait qu'elles se rapportent à une relation d'emploi directe. » (*id.*, p. 301).

d'emploi seront d'autant plus faciles à établir qu'ils seront conçus dans le cadre de relations collectives de travail correspondant à des aires professionnelles plus vastes que l'employeur et qui tiennent compte des caractéristiques des nouveaux statuts de travail : courte durée ou irrégularité des prestations de travail, relative autonomie dans l'emploi, multiplicité d'employeurs.

À cet égard, le régime de rapports collectifs établi pour les artistes représente une avancée intéressante¹⁰⁴. Ce régime s'applique dans un contexte de multiples engagements de courte durée entre des entreprises différentes et des artistes, travailleurs autonomes parfois constitués en personne morale. Il se rapproche du régime actuel du *Code du travail* en ce qu'il confère un monopole de représentation à l'association d'artistes jugée représentative à l'issue d'une procédure officielle. Cette représentation est toutefois acquise sur une base sectorielle, pour un domaine ou un secteur de négociation comprenant plus d'un « employeur » (producteur ou diffuseur, selon le cas). L'entente collective convenue entre l'association d'artistes et un « employeur » ou une association d'« employeurs » ne fait pas obstacle aux ententes individuelles plus favorables. Ce régime favorise les regroupements des travailleurs et des employeurs sur une base sectorielle pour leur confier l'établissement des normes minimales applicables au secteur.

Promouvoir un principe d'équité de traitement entre les salariés, sans égard à leur statut d'emploi

L'affirmation d'un principe d'égalité de traitement entre les salariés sans égard à leur statut d'emploi est peu présente dans le droit du travail québécois actuel. Rappelons l'existence, dans la *Loi sur les normes du travail*, d'un timide principe d'égalité de traitement des salariés. Cela n'est guère étonnant dans le contexte d'un salariat homogène, où l'objet du droit du travail est entièrement structuré autour de deux constats : les risques d'exploitation générés par l'inégalité des *pouvoirs* entre l'employeur et les personnes exécutant un travail subordonné et les risques reliés aux intérêts

104. *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma*, L.R.Q., c. S-32.1 ; *Loi sur le statut professionnel des artistes des arts visuels, des métiers d'art et de la littérature et sur leurs contacts avec les diffuseurs*, L.R.Q., c. S-32.01. Voir la présentation qu'en font Pierre VERGE et Gregor MURRAY, *Le droit et les syndicats*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1991, p. 104 et suiv. ; F. MORIN et J.-Y. BRIÈRE, *op. cit.*, note 36, n° III-730 et suiv., p. 646 et suiv. Voir aussi, sur l'intérêt de ce régime particulier pour les nouveaux statuts d'emploi : Lucie-France DAGENAIS, *Des travailleurs autonomes et précaires : éléments d'un diagnostic et pistes pour des solutions à la protection sociale de ces travailleurs*, Québec, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, décembre 1995, p. 55-58 ; F. MORIN et J.-Y. BRIÈRE, *op. cit.*, note 36, n° VI-16 et suiv., p. 1324 et suiv.

irréremédiablement opposés des salariés et de l'employeur qui appellent des règles d'encadrement des conflits¹⁰⁵.

Ce rapport inégal et conflictuel entre employeurs et salariés n'est certes pas appelé à disparaître, en dépit de la découverte d'intérêts communs « intégratifs ». Il s'accompagne toutefois d'une diversité grandissante des caractéristiques, statuts et attentes des travailleurs qui font en sorte que le milieu du travail est de plus en plus un lieu d'*expression d'intérêts multiples de catégories différentes de salariés* et le droit du travail un instrument d'*arbitrage entre intérêts concurrents des salariés eux-mêmes*. Le contexte actuel semble approprié à une réflexion approfondie sur ce rôle de *gestion de la diversité des statuts* qu'exerce déjà le droit du travail, sans que ce rôle ne s'appuie sur une réflexion approfondie.

Soyons clairs. L'égalité de traitement entre travailleurs réguliers et travailleurs précaires qui serait visée par un principe en ce sens établi dans la loi ne saurait être que partielle : par définition, ces nouvelles formes d'emploi sont limitées dans le temps, nécessairement temporaires, alors que le droit du travail fonde l'attribution de plusieurs avantages sur une condition de *continuité*. C'est pourquoi un principe d'égalité de traitement ne pourra seul conduire à une réelle égalité entre ces travailleurs : il doit s'accompagner d'un élargissement de l'objet du droit du travail afin que puisse être reconnue la continuité du parcours professionnel de ces personnes.

Toutefois, la formulation d'un principe de *traitement équitable*¹⁰⁶ permettrait de s'assurer que l'employeur ne puisse pas traiter inéquitablement les salariés réguliers et ceux qui ne le sont pas en ce qui concerne *l'exécution de la prestation de travail*. L'objectif serait de ramener ces nouvelles formes d'emploi à ce qui, en principe, constitue leur seule et unique raison d'être : « donner aux entreprises le moyen d'adapter le volume de main-d'œuvre aux besoins du travail. Le travailleur précaire ne doit pas être un travailleur à bon marché, ni un sous-salarié... Il est à tous égards un travailleur comme un autre à cette seule différence que son embauche est limitée dans le temps à la mesure des besoins de l'entreprise. Ni plus, ni

105. Qui est aussi l'une des fonctions importantes du droit du travail classique : P. VERGE et G. VALLÉE, *op. cit.*, note 1, p. 40 et suiv.

106. La distinction entre le principe de *l'égalité de traitement*, lequel suppose l'octroi des mêmes conditions de travail, et le principe du *traitement équitable*, qui impose un traitement équivalent sans être semblable, est au cœur des commentaires du gouvernement du Canada quant aux propositions concernant l'égalité de traitement pour les travailleurs occupés en sous-traitance formulées dans les projets de convention et de recommandation sur le travail en sous-traitance (*supra*, note 37). Voir : *Position du Gouvernement du Canada sur les conclusions proposées (rapport V(1)) sur Le travail en sous-traitance*, Point V(1) à l'ordre du jour de la Conférence internationale du Travail de juin 1998 (deuxième discussion), Genève, mai 1998, 14 p. plus annexe, p. 6-7 et 11.

moins »¹⁰⁷. Un tel principe aurait comme principale conséquence de mettre fin à la disparité des rémunérations actuellement créée par la constitution d'échelles de salaires différentes pour l'exécution de tâches identiques dans un même établissement¹⁰⁸. La détermination des taux de salaire et l'attribution des compléments de salaire devraient obéir à des règles (pouvant prendre en compte l'expérience, la progression d'échelon, les qualifications, l'ancienneté,...) applicables à tous les salariés qui exécutent une même tâche *sans égard à leur statut d'emploi* ou encore à des règles qui garantissent des conditions qui, sans être identiques, sont équivalentes¹⁰⁹. L'affirmation d'un tel principe est d'autant plus nécessaire que la *Charte des droits et libertés de la personne* ne constitue pas une protection suffisante pour les salariés œuvrant dans le cadre de nouveaux statuts de travail. Pour que les différences établies dans les conditions de travail en fonction du statut de travail soient considérées comme étant discriminatoires au sens de la Charte, il faudrait pouvoir démontrer qu'elles constituent, à défaut d'une discrimination directement reliée à l'un des motifs visés par l'article 10 de la Charte, une discrimination indirecte susceptible de mettre en cause le droit garanti par la Charte de recevoir, sans discrimination, un traitement ou un salaire égal pour un travail équivalent au même endroit¹¹⁰, ou encore le droit de ne pas subir de discrimination au cours des différentes étapes d'une relation d'emploi¹¹¹. À cet égard, l'argumentation développée par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse en ce qui concerne les difficultés d'application des principes de la Charte aux clauses dites orphelins dans les conventions collectives est transposable à la situation des nouveaux statuts de travail¹¹², en particulier en ce qui concerne la difficulté de prouver, sur la base d'éléments statistiques concluants, un

107. Pierre-Yves VERKINDT, « L'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs précaires », (1995) *Droit social* 870, 876.

108. En droit français, un principe d'égalité des droits régit les contrats à durée déterminée, le travail à temps partiel et le travail dans le cadre d'agence de travail temporaire (agence de personnel) : *Code du travail* (France), art. L. 122-3-3 (contrat à durée déterminée), art. L.212-4-2, al. 9 et suiv. (travailleurs à temps partiel) et art. L. 124-4-2 à L. 124-4-4 (agences de travail temporaire).

109. L'octroi d'une *indemnité de précarité* pourrait aussi venir compenser les avantages inaccessibles aux salariés du fait de la courte durée de leur emploi. Voir, par exemple, une indemnité de cette nature, en droit français, pour les travailleurs œuvrant dans des entreprises de travail temporaire (agences de personnel) : *Code du travail* (France), art. L. 124-4-4.

110. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 19.

111. *Id.*, art. 16.

112. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *op. cit.*, note 95, n° 25, p. 18-19.

lien entre les différences dans les conditions de travail et un motif de discrimination prohibée par la Charte.

La réflexion autour du devenir du droit du travail doit donc, à notre avis, tenir compte d'un nouveau constat : l'hétérogénéité caractéristique du salariat et son corollaire, la nécessité d'en assurer un traitement équitable par les instruments classiques du droit du travail et non uniquement des droits de la personne. Cette préoccupation devrait guider l'élaboration des normes législatives autant que le contenu des conventions collectives.

* * *

L'examen du traitement réservé, dans le cadre juridique actuel, aux nouvelles formes d'emploi a permis de suggérer trois « chantiers » autour desquels, nous semble-t-il, devrait s'orienter la réflexion sur une réforme du contenu du droit du travail d'autant plus justifiée que la diversification des statuts d'emploi ne peut plus être traitée comme un phénomène passager ou marginal. N'est-il pas prévu que les travailleurs atypiques, qui formaient près de 30 % de la population active en 1996, seront majoritaires en 2017¹¹³ ? Le droit du travail doit pouvoir exercer ses fonctions de protection à l'intérieur de cadres qui correspondent aux nouvelles réalités du marché du travail : telles sont les conditions de son développement et de son devenir.

SUMMARY

The Growth of Non-Standard Forms of Employment and the Protection of Human Rights: What Role for Labour Law?

The title of this paper may seem surprising. After all, one of the foundations of labour law has been the introduction of a "humanist" perspective into a body of law that otherwise treats work in wholly commercial, impersonal terms. Indeed, labour law springs from the very impossibility of distinguishing the activity of work from the person who performs it. It protects this person, both with respect to the actual conditions in which the work is performed, as well as in terms of the worker's security and integrity. In this sense, one of the functions of labour law is the protection of the person, within the framework of potentially conflictual work relations between two

113. Denis MATTE, Domenico BALDINO et Réjean COURCHESNE, « L'évolution de l'emploi atypique au Québec » (encart), (mai 1998) *Le Marché du travail* 25 et graphique 14, 26.

parties of unequal strength: an employee and an employer. This protective mission developed at a time when the social relations of work were fairly homogeneous: stable, regular and continuing jobs held by employees working full time, for one employer and under that employer's control and on his premises. However, many of the particular forms of employment that are of growing importance in the labour market—self-employment; homeworking; part-time, fixed-term, occasional or on-call work; and triangular employment relationships—no longer fit this classical model. Are the tools deployed by labour law to protect workers able to effectively regulate these increasingly frequent work arrangements? To explore this question, we first examine how Quebec labour law deals with these forms of employment, and then set out a number of ideas about how labour law can be adapted to these new labour market characteristics.

We find that labour law is in fact only partly successful in protecting those who are working within non-standard forms of employment. Some of the non-standard forms of employment do not exhibit the usual indicators of subordination which is the main criterion used to identify those work situations that, being unequal, are to be covered by the standards that protect the physical, social and financial security of workers and that ensure the respect for the person of the worker. In the cases of self-employment, homeworking, outsourcing, and the use of temporary employment agencies, it is sometimes difficult to define the worker as an employee (and hence protected by the labour law), or to determine the employer (who is responsible for ensuring that the protective provisions are applied to those subordinate to him). Furthermore, some workers, even though clearly coming within the scope of labour law because of their subordinate position, will not be able to take advantage of these laws because the eligibility requirements are ill-adapted to jobs that are characterized by a short workweek (e.g., part-time or on-call work) or by an unstable employment relationship (e.g., fixed-term contracts, or occasional, temporary or seasonal work). Lastly, those working within non-standard forms of employment have difficulty gaining access to collective representation. Moreover, they also have difficulty achieving effective representation, considering that many collective agreements contain clauses that treat members of the same bargaining unit differently according to their employment status.

Certain amendments to the existing legislation would certainly strengthen the protection offered to these workers. This would be the case, for example, if homeworkers and economically dependent self-employed workers were brought within the coverage of labour law; if the employer's right to force a change from an employment contract to a contract for services was regulated; if a normal work day was introduced; or if the minimum length of service required to be eligible for certain benefits was changed. However, more

fundamental changes must also be considered. Indeed, the spread of non-standard forms of employment reveals the limits of a system of protection based exclusively on the condition of subordination in the framework of a bilateral employment relationship. To begin with, the concept of subordination does not include all of the forms of work that involve a relation of economic dependency giving rise to particular needs for protection. In addition, when the employment relationship does not resemble the classical bilateral model, it is not always easy to identify the employer and, hence, the party responsible for ensuring that the worker receives the protection mandated by the law. Lastly, tying the employment relationship to a particular employer or firm prevents the recognition of the continuity of the work activity in a context of high occupational mobility. This is why labour law should aim to become a law applying to the activity of work instead of a law applying to the employment relationship. The continuity of the professional career path of an individual could be recognized either by providing for the transferability of the fringe benefits the individual acquires while working for different employers, or by creating an work activity contract. In either case, this would imply that the responsibility for applying employment standards would be shared by different firms. Furthermore, because existing models of collective representation only apply to a single employer, they are unable to ensure the continuous promotion of the interests of those workers who work for different employers, either successively or concurrently. A form of employer and worker representation based on a wider scope than the employer would help such employees secure stable collective representation. Lastly, labour law should promote a principle of equal treatment of workers irrespective of their employment status, a principle that is still not common in current Quebec labour law. This is hardly surprising in the context of a homogeneous work force, where the focus of labour law is entirely structured around the risks of exploitation that spring from the inequality of power between the employer and those who perform subordinate work, and the risks related to the irrevocably opposed interests of workers and employers that give rise to rules for regulating conflict. Alongside this unequal and conflict-ridden relationship, we are now witnessing a growing variety of characteristics, statuses and expectations of workers, a trend that is transforming the workplace into a site in which the multiple interests of a wide range of types of workers are expressed, and that is turning labour law into an instrument for arbitrating between the competing interests of workers themselves. In this context, it seems appropriate to take a long, hard look at the role that labour law can play in managing the diversity of forms of employment.